挑战、困境与化解：数字环境下我国图书馆合理使用条款及其适用的再探讨*

王果[1] 张立彬[2]
[1] 天津商业大学法学院 天津 300134 [2] 南开大学图书馆 天津 300071

摘要：［目的/意义］合理使用是维持著作权人个人利益与社会公共利益平衡的重要机制之一，对承担公共文化服务功能的图书馆尤为重要，但实践中图书馆的合理使用条款并未充分发挥利益平衡的作用，有必要对其存在问题及形成原因进行深入分析。［方法/过程］通过与域外立法相比较，以及司法实践中的案例分析，可看出我国图书馆合理使用的主要问题在于现行法律规定滞后、规则不明晰，导致合理使用适用范围狭窄，还同时受到许可协议、技术措施的挤压。［结果/结论］为化解图书馆合理使用条款的适用困境，可从增加原则性规定、明确其法律属性为强制性规定、扩大有关条款的适用范围等方面来完善立法。图书馆自身也应加强知识产权管理、提高知识产权素养，严格遵照法律规定以消除侵权隐患。

关键词：图书馆 合理使用 强制性规定 许可协议 技术措施
分类号：G251.3
DOI：10.13266/j.issn.0252-3116.2019.10.001

图书馆在人类历史的长河中，通过保存和传播人类的文化内容，保障公平访问信息的权利，极大促进了人类文化和科技的创新发展[1]。基于此，各国在知识产权立法中，通常会设置专门的图书馆条款，对图书馆的权利和义务进行规定，以保障图书馆职能的发挥。我国也不例外，为了保障图书馆职能的实现，对图书馆给予了相应的豁免，其中之一即为合理使用。本文将以合理使用条款的现实应用情况为基础，分析其中存在的问题，以期为我国著作权法的完善提出建议。

1 我国图书馆合理使用条款的法律实践

著作权制度在诞生之际，便试图构建作者（著作权人）与社会公众之间的利益平衡机制，甚至在是否应以法律形式确认，都因可能损害社会公共利益的担忧而备受争议。18世纪英国发生的文学产权大争论，其争论的焦点正是如果确认文学产权的合法性，应如何平衡个人私益与公共利益。在评估文学财产的地位时，法律必须考虑到这样的事实，即图书并不是孤立存在的，它是一个复杂的交流网络的组成部分，连接着作者与读者以及作者与作者。反对者认为，永久性的普通法文学财产将冲击其他作者，以及更一般地说，冲击读者大众的权利。虽然永久性文学财产可能对于作者和出版者具有潜在的利益，但随着更经常地是由该文学财产所造成的损害超过了这些利益的情况出现，在已发表的作品上就不应当再有任何财产权了。简而言之，个人的私益必须为公众的利益让路。这场争论，最终以支持者的胜利而告终，但支持者的胜利，是以严格限定权利保护范围为基础的，一本图书被划分为一个公共领域（关于原理、知识和思想）和一个私人领域（关于体裁、风格或者表达），他们所被禁止的知识利用是该作者独特的风格或者表达[2]。作者私益与公共利益之间的平衡，成为始终贯穿于著作权法发展过程中的核心问题。

图书馆作为文献中心及智慧宝库，更成为作者私益与公共利益博弈的主要战场之一。联合国教科文组织在《公共图书馆宣言》中明确地指出："公共图书馆是发展教育、传播文化和提供信息的有力工具，也是在人民的思想中树立和平观念和丰富人民大众的精神生

* 本文系2016年度国家社会科学基金重点项目"网络时代开放教育资源引进与利用中的知识产权问题研究"（项目编号：16ATQ002）和天津市高等学校人文社会科学研究项目"新技术发展带来的著作权法问题研究"（项目编号：2018SK085）研究成果之一。
作者简介：王果（ORCID：0000-0002-7925-4358），讲师，博士，E-mail：wangguo023@163.com；张立彬（ORCID：0000-0002-2387-1373），研究馆员。
收稿日期：2018-08-30 修回日期：2018-12-11 本文起止页码：5-11 本文责任编辑：杜杏叶

活的重要工具。为了保障图书馆职能的实现,著作权法必须给予图书馆某些特殊豁免权。”[3]我国《著作权法》在 1990 年制定之初,便对图书馆的合理使用做出了专门规定,为陈列或者保存版本而复制馆藏作品,属于合理使用。《著作权法》历次修改,完全保留了图书馆的专门规定(现行《著作权法》第 22 条第 1 款第 8 项)。除针对图书馆的专门规定外,其它合理使用条款,亦可直接适用于图书馆,如为课堂教学或科学研究的翻译和少量复制作品(现行《著作权法》第 22 条第 1 款第 6 项)。2006 年,《信息网络传播权保护条例》颁布,将图书馆的合理使用延伸至了网络环境,为课堂教学或科学研究,图书馆可少量提供作品,可向其服务对象提供馆藏数字作品以及为陈列、保存版本而以数字化形式复制作品(现行《信息网络传播权保护条例》第 7 条)。

总体而言,我国有关图书馆合理使用的立法,呈现这样几个特点:①规定了图书馆合理使用的具体情形,明确了图书馆与著作权人的权利与义务关系;②传统环境下图书馆的合理使用适当延伸至了网络环境;③与图书馆有关的明确规定条款较少,且内容单一;④图书馆合理使用的某些条款不够明确,缺乏可操作性。

然而,文本上的法律与生活中的现实并不完全一致。《著作权法》希冀于合理使用条款为图书馆开展工作扫除法律障碍的目的并未能实现。表现在实践中图书馆援引合理使用条款从而成功免除侵权责任的案例非常之少。著作权法专为图书馆设置的条款在实践中的作用并不突出,其预期目的与实际效果存在差异,图书馆合理使用条款遭遇适用困境。笔者曾在北大法宝“司法案例”数据库中,搜集了 2000 年 1 月 1 日至 2018 年 9 月 5 日的所有与图书馆著作权侵权案件有关的判决书,在法院认定图书馆不构成侵权的裁判理由中(具体参见表 1),仅有一例是以合理使用为抗辩并得到法院认可,其理由是:图书馆是为师生提供教学资源与教育服务,且未向外部公众提供阅读服务。其它案例中图书馆虽以合理使用抗辩,但最终未被法院认可。主要理由在于图书馆未能严格遵守合理使用条款的限制条件,如未指明作者姓名,未采用技术措施严格控制作品的传播范围等。相反,以合法使用为抗辩成为图书馆免责的更关键原因。所谓合法使用,是指除合理使用外,图书馆通过合法途径获得出版物,虽出版物侵犯了其它作品的著作权,但图书馆收藏并提供该出版物的外借,是由其职能决定的,只要是非商业性的利用,便符合社会公共利益,不构成著作权侵权。

表 1 侵权不成立的具体理由

不成立侵权的原因	案件数	所占比例
合理使用	1	4%
合法使用	12	48%
仅提供链接,且及时断开链接	3	12%
有合法来源,且尽到了合理注意义务	1	4%
已经获得权利人授权	2	8%
作为使用者无法控制内容的修改	4	16%
原告举证不能	3	12%

注:本文案例搜集法:①以“著作权权属、侵权纠纷”为案由,“图书馆”为关键词,审结日期为“2000.01.01 - 2018.09.05”,进行全文检索。②数据调整上:对检索得到的 3285 份判决书作如下调整:其一,筛选出虽符合检索条件,但与图书馆侵权无关的案件;其二,合并诉讼主体相同、诉讼请求、事实与理由基本相同,仅因不同作品分案提起的案件;其三,同一案件涉及二审、再审的,合并为一个案件,并以最终的有效判决作为分析基础,最终得到判决书(含裁定书、调解书)246 份,其中法院认定侵权不成立的案件一共为 26 个

2 图书馆合理使用条款适用遇阻的成因分析

随着互联网的快速发展,以及各种信息技术的出现,图书馆的服务模式受到冲击。为了适应新技术发展,各种信息技术、网络技术被引入图书馆的资源建设与服务过程中。然而法律并未跟随技术、图书馆服务模式的转变而及时转变,导致版权规定滞后、规则不清晰成为图书馆侵犯知识产权的主要原因(见图 1)。

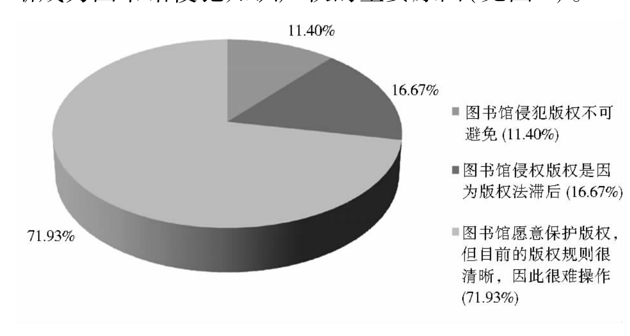


图 1 调查对象对图书馆版权保护问题不同观点的认知[3]

当前我国图书馆开展的业务和服务,60% 以上与复制相关,75% 与信息网络传播有涉,20% 与技术措施规避牵连[4]。这三项服务与复制权、信息网络传播权、技术措施保护直接相关,而图书馆的合理使用条款,虽给予一定程度的豁免,但远不能满足其开展业务和服务的需要,图书馆合理使用条款遭遇适用困境,究其原因主要有二:一是我国合理使用的规定过于严苛,且缺乏可操作性;二是现行法律并未明确合理使用的法律属性,导致对合理使用的侵蚀行为难以获得有效惩戒。

2.1 现行有关图书馆合理使用的规定存在问题

现行有关图书馆合理使用的规定存在的问题,表现在如下方面:

(1)我国合理使用的整体立法采用的是列举式,仅法律明确规定的情形可适用,此种立法模式虽较为明确和严谨,但同时也容易陷入概念僵化的困境,法律适应效力也会降低[5];虽然司法实践中已突破现行法律的封闭式规定,在《著作权法》第三次修改的《送审稿》中也增加了合理使用的兜底条款,但对合理使用的具体判断因素并未明确,容易引发法官造法、同案不同判的现象。

(2)未明确界定合理使用的法律性质,《著作权法》将合理使用规定于"权利限制"范畴下,但并未在条文中明确其法律性质,司法实践中也未言明。理论界主要存在"权利限制说"、"侵权阻却说"和"使用者权利说"三种不同观点。将其定性为"权利限制说"或"侵权阻却说",则合理使用仅能作为抗辩事由而存在,即使是定位最高的"使用者权利说",也无法解决"当著作权人妨碍使用者合理使用作品时,使用者既不能要求著作权人排除,也不能请求法院强制排除"这一问题。合理使用的法律属性不确定,导致当著作权许可协议或者技术措施妨碍合理使用的实施时,图书馆往往无能为力。

(3)除《著作权法》第22条第1款第8项外,未对图书馆给予特殊对待,没有区分适用主体的性质,违反了立法初衷[6]。其他情形的合理使用虽然图书馆也可援引,但仅限于使用者个人,而图书馆的工作职责除自己作为使用者外,更多的是作为服务提供者为使用者个人提供辅助,图书馆为用户的私人使用提供协助,是否可以私人使用为由主张免责并不确定。

(4)《著作权法》第22条第1款第6项规定的课堂教学和科研使用,该条款并非图书馆的专门规定,且图书馆所允许的行为也仅限于单纯的翻译和少量复制,图书馆承担的远程教育、提供数字资源的在线浏览服务等,仍然不属于合理使用的范畴。

(5)《信息网络传播权保护条例》第7条仅限于图书馆内部网络,要求其服务对象是本馆馆舍内,排除了图书馆开展远程在线服务和网络馆际互借服务的合法性[7];并且该规定对某些概念缺乏明确解释,如何种情形属于"间接获得经济利益",如何界定"存储格式过时",同时其适用标准也过高,"在市场上无法购买"比取得权利人许可还困难[8],要满足上述条件,合理使用适用的空间实际小之又小[9]。

2.2 对合理使用的侵蚀行为未得到有效惩戒

由于合理使用的法律属性不明确,导致图书馆的合理使用空间,被数据商的优势地位进一步压缩。数据商的优势地位体现在两个方面:一方面,数据商在数字资源的掌控上,已形成垄断地位。数据商与书刊出版机构签订授权协议时,往往签订的是独家授权协议,如中国知网的独家授权期刊达到1 600多种,为了获得某些特定资源,图书馆完全没有选择余地,只能与这些获得独家授权的数据商订立合同[10]。出版集团重组和兼并的规模化经营也强化了数据库的自然垄断性,大约80%的期刊资源被20%的出版社集中掌控[11]。另一方面,与图书馆相比,数据商在技术上明显处于领先地位,加之根据《信息网络传播权保护条例》的规定,图书馆无法从第三方获得避开、破坏技术措施的装置、部件以及相关服务等,技术上的劣势也难以通过外界援助而弥补。

《著作权法》第22条仅有第(4)项、第(5)项中设置了作者的保留条款,其他情形的合理使用究竟属于强制性规定还是任意性规定,存在不同观点。根据合同法的一般规则,限制和排除合理使用的合同条款虽可归为格式条款,但并不属于合同法规定的无效或可撤销的理由,因此难以利用一般合同无效的条件否定此类条款的效力[12]。当著作权许可协议限制了其他情形的合理使用时,现行法律并不能有效界定合同的契约效力与合理使用的法定效力,也就是二者孰高孰低的问题。即使认定合同的契约效力低于合理使用的法定效力,图书馆虽无须承担著作权侵权责任,仍然可能面临违约的指控。

与此相似,当数据商设置的技术措施妨碍合理使用时,图书馆既不能直接移除,也不能请求移除。技术措施的存在,相当于直接赋予了著作权人禁止他人接触作品的权利,而合理使用的存在,又必须以接触为前提;并且作品中包含的属于公有领域的要素,也被技术措施保护起来。著作权人借助于技术措施,对权利的控制达到了极致,只要权利人要求,用户便只能"每看必授权""每看必付费"。技术措施"全有或全无"许可的极端性,啄食、侵占着公共利益[13]。

合理使用作为著作权人与社会公众之间的利益平衡器,在事实上被许可协议、技术措施架空。其侵蚀具体表现在如下方面:①对用户接触和浏览作品有了限制,将著作权的效力强化成了纯粹的物权;②限制了图书馆及其用户对作品的传统使用;③挑战了首次销售原则;④可能限制了图书馆将资源用于课堂教学或远

程教学的服务;⑤不利于图书馆获得捐赠;⑥使用户对作品的个人使用效率低下;⑦使图书馆失去了对收藏的控制[3];⑧将非版权法上的客体甚至是公有领域的材料也纳入了保护范围,《信息网络传播权保护条例》中的第 5 条、第 11 条、第 12 条等,都强调的是技术措施仅能用以保护作品、表演、录音录像制品等,但技术措施并未对此进行区分。

3 图书馆合理使用条款适用困境的破解

据一项针对全国 49 所公益性图书馆中的工作人员及部分图书馆学教育领域人士的调查显示,62.39%的受访者表示应主要依靠政府履行职责,24.77% 表示应主要依靠图书馆主动积极(具体参见图 2)。依靠政府履行职责,主要途径便是进行法律的完善;而依靠图书馆的主动积极,主要则是图书馆应严格遵守法律规定来开展工作。二者相较,重点仍在政府。图书馆自身的主动积极,主要体现为两方面。一方面,前已论及图书馆的合理使用抗辩被法院否定的主要理由,也在于未采取技术措施严格控制作品的传播范围,因此图书馆应注意严格在法律规定的条件下实施相关行为。可通过知识产权培训等形式提高图书馆员的知识产权素养。另一方面,图书馆承担著作权侵权责任,亦有可能是因为用户的违法行为引起的。所以图书馆也应加强对用户利用作品的有效引导,通过版权公告等形式提示用户行为规范,告知侵权后果,以纠正其不良行为,消除侵权隐患。以下将重点论述法律完善的具体方向。

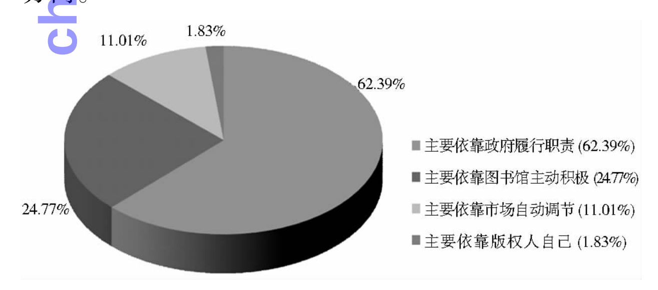


图 2 调查对象对图书馆解决版权问题路径选择的认知[3]

图书馆合理使用条款的法律完善,既要考虑到图书馆的特殊地位,又不能过分压制著作权人的合法权利,以防不合理的损害著作权人的利益。图 3 显示了对政府在解决图书馆版权问题中应遵循原则的调查结果。对该调查结果应当从两方面来理解:对图书馆承担的某些特殊职能,可给予图书馆特殊的豁免地位;而对其它职能,则给予其与科学、教育、文化等领域的同等待遇便可。具体可从如下方面予以完善。

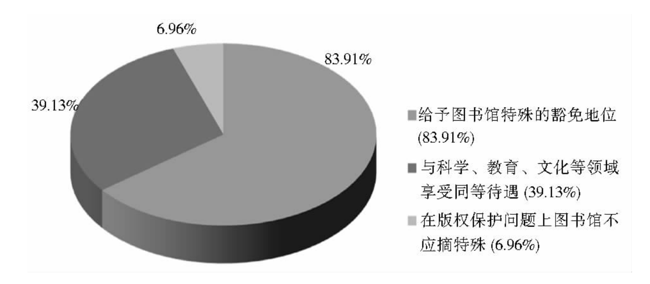


图 3 调查对象对政府在解决图书馆版权问题中应遵循原则的认知[3]

3.1 增加合理使用认定的原则性标准

合理使用,现行《著作权法》采用的是封闭式列举这一立法模式,《著作权法》第三次修改的送审稿虽然增加了兜底条款的保护,但仍然欠缺认定合理使用的原则性标准。如果在立法中仅仅以列举的方式来规定图书馆的合理使用,则法官的自由裁量权将受到极大限制,难以在符合合理使用的制度目的之下通过原则性条款给予图书馆代表的公共利益方更多获取信息知识的权利[14]。而单纯增加兜底条款的规定,缺乏主要认定因素的列举,又容易造成法官的自由裁量权过大,损害著作权人的利益。对此,可借鉴域外的开放式立法模式,如美国,在认定是否构成合理使用时,采用的是四要素法,使用目的、作品性质、使用比例和对作品的影响,同时指明上述因素仅做一般指导,不排除法官在个案中进行自由裁量;加拿大采用的是六要素法,使用目的、使用性质、使用数量、使用替代方法、作品性质、对作品产生的影响。美国的四要素与加拿大的六要素并未有实质性区别,均是以三步检验法为基础。我国亦可采用同样的立法模式,在增加兜底条款的同时,规定认定合理使用的主要因素,如使用目的和性质、使用的数量和质量、作品性质以及对作品产生的影响。司法实践中已有相关案例采用了这一做法,在北京谷翔公司在其经营的网站上向网络用户进行片段式提供的行为的审理上,法院认为,虽受著作权所控制又不属于第 22 条所列事项,但其不影响著作权人对作品的正常利用,且不会对著作权人的利益造成不合理的损害,可认定该行为为合理使用[15]。

3.2 明确合理使用的法律规定为强制性规范

合理使用的规定,除著作权法明确允许著作权人声明保留的第 22 条第 4 项和第 5 项外,其余均属强制性规定。区分任意性规定与强制性规定,除前述法律

是否明文规定可以保留的形式要件外，还可通过法律规范调整的利益范围来确定。一般而言，任意性规范通常调整仅涉及当事人之间的利益冲突，而涉及第三人利益、国家利益和社会公共利益的，则通常会借助法律的强制力由强制性规范来调整[12]。虽然对著作权法上公有领域的具体范围存在争议，但基本都认可合理使用构成公有领域的一部分，亦即合理使用承担着调节公共利益与个人利益平衡的制度功能。加之图书馆在人们的日常生活中发挥了公共文化服务的所有社会作用[16]，虽然图书馆是单个主体，在图书馆背后，还存在着庞大的用户群体，这些群体所代表的公共利益直接受图书馆享有权利的影响。因此合理使用所调整的，并非是著作权人与某一单独使用者之间的利益关系，而是关系到著作权人与社会公众之间的整体利益。尤其是数据商与图书馆签订的有关合理使用条款时，其影响范围也绝非局限于数据商与图书馆，而是数据商与图书馆背后庞大的用户群体。因此除法律明确允许保留的外，其他合理使用情形的规定均应认定为强制性规定。

3.3 对排除合理使用的许可协议和技术措施进行限制

既然有关合理使用的规定为强制性规定，则排除合理使用的许可协议和技术措施就应当进行限制。

(1)对许可协议的限制。早在 2000 年，IFLA 就在《许可原则》中指出，许可协议不能代替法律，应将排除法定限制条件或者权利人单方面订立的协议条款视作无效[17]。当许可协议排除了合理使用时，该条款无效，图书馆违反协议实施的合理使用行为，不仅不需要承担著作权侵权责任，也无需承担违约责任。

(2)对技术措施的限制。《信息网络传播权保护条例》第 7 条，赋予了图书馆等特殊主体以数字化形式复制作品的合理使用，但在接触控制措施和版权保护措施的双重限制下，图书馆的合理使用完全无法实现；即使可以实现，也是通过机械方式耗时耗力地完成，未能体现数字资源利于保存、复制与传播的优势[18]。《信息网络传播权保护条例》赋予了图书馆合理使用，但却未赋予其相应的规避技术措施的豁免权。《信息网络传播权保护条例》第 12 条仅规定了四项豁免例外，其中与图书馆密切关联的为第一项的课堂教学和科学研究，但该条款同时附加了"该作品、表演和录音录像制品只能通过信息网络获取"这一条件。为保障图书馆的合理使用不因技术措施而影响，一方面，著作权法应首先对技术措施本身进行限制，具体包含：①在合理使用的前提下，允许用户浏览有技术措施保护的作品；②已进入公有领域的作品不得实行技术措施保护，仍处于保护期的作品在保护期限届满后技术提供商应解除技术保护措施。另一方面，当技术措施的设置妨碍了图书馆的合理使用时，图书馆可直接规避相应技术措施。但仍需进一步考虑的问题是，即使图书馆可以获得规避技术措施的特权，但将该特权的实现寄托于图书馆自身的技术能力上，实际上是令图书馆与数据商之间开展技术的"军备竞赛"。并且可以预料，在这场"军备竞赛"中，图书馆肯定处于弱势。因此除了规定图书馆享有规避技术措施的特权外，还应当为图书馆实现这一特权提供相应保障。在数据商设置的技术措施妨碍图书馆的合理使用时，图书馆可请求数据商提供相应的规避手段，或者直接解除技术措施。当然，图书馆应遵从同样的防止义务，防止服务对象以外的其他人获得作品，对著作权人利益造成实质性损害。

3.4 其他条款的细化与修改

其他条款的修订，主要体现在图书馆服务对象和服务内容上。

(1)在服务对象方面，《信息网络传播权保护条例》第 7 条要求服务对象必须是"本馆馆舍内"。本馆馆舍内，其含义应是指物理馆舍内，但信息技术的发展，师生教研室、教室、宿舍、乃至校外通过远程登录系统(VPN)都可访问图书馆网站，甚至图书馆在数字化发展过程中所致力实现的目标之一，便是要突破物理馆舍的限制。《信息网络传播权保护条例》做出该限制的主要目的，是为防止馆外读者通过信息网络得到本馆收藏的信息[19]。但限制信息传播的范围完全可借助于用户名和密码的访问措施来实现，各高校图书馆基本也都是这样做的，其传播仍局限在特定范围之内。因此，可将"本馆馆舍内"调整为本馆服务对象。

(2)服务内容上，图书馆享有的复制权例外仅限于保存例外，根据中国图书馆学会 2010 年发布的《数字图书馆资源建设和服务中的知识产权保护政策指南》，在对馆藏文献进行数字化时，对于已过权利保护期的作品、处于权利保护期的作品，为了保存版本和课堂教学或考研的需要，遵照有关合理使用的规定即可，但若为了提供服务目的而将其进行数字化转化，则需获得著作权人授权。图书馆因公共文化职能的存在，

保存例外仅是其职能中的一部分,保存也仅是其承担公共文化职能的基础与前提。图书馆发挥公共文化职能,很大程度上都是通过提供服务来实现的。因此,与保存例外相比,图书馆的很多其它服务内容更需要获得复制权例外。参照国外规定,可增加图书馆为他馆提供复制件而适用的复制权例外,图书馆为私人使用提供复制件而适用的复制权例外,以及图书馆为研究或学习制作复制件而适用的复制权例外[20]。前述为他馆提供复制件,即指馆际互借与文献传递;为私人使用提供复制件,尽管《著作权法》第 22 条第 1 款第 1 项规定已经规定私人使用属于合理使用,但这一条款的受益人是使用者个人,并非图书馆。图书馆为私人使用提供复印服务,容易引起图书馆的复制行为构成著作权侵权的误判[21]。因此,有必要将二者增加为图书馆享有的复制权例外。图书馆在提供馆际互借与文献传递服务的过程中,只要事先做出了版权声明,且尽到了合理注意义务,即使服务对象利用所得复制件实施了直接侵权行为,图书馆也不承担间接侵权责任。

3.5 孤儿作品的特殊规定

孤儿作品的存在,是限制数字图书馆发展的主要瓶颈之一。为推进数字图书馆的发展,对孤儿作品可予以特殊对待。

在对财产权利的保护上,法律制度可以分为财产规则和责任规则。财产规则授予权利的所有者以禁止权,使权利人可以排除他人对其财产的干涉。只有经过权利人的许可,他人才能够利用权利人的财产。而责任规则并不赋予权利人的所有者以禁止权,权利的所有者只享有损害赔偿权[22]。当几乎没有合作阻碍时,禁止被告侵犯原告财产的禁令更有效。当存在较多合作阻碍时,损失赔偿更有效[23]。合作阻碍更多取决于交易成本的高低。交易成本是交易过程中的成本,一宗交易的进行由三个阶段组成:第一,必须找到交易对象;第二,谈判必须在交易双方进行,一个达成共识的谈判可能包括合作协议的拟定;第三,当合作达成后,执行阶段仍然包括监督、违约惩罚等成本。交易三个阶段中相应的交易成本分别为:①搜寻成本;②谈判成本;③执行成本[23]。孤儿作品由于权利人难以确定,高昂的搜寻成本决定了孤儿作品的利用采用责任规则更为适宜。即图书馆在尽力查找之后,可列出孤儿作品的名单公布于网站上,进行著作权声明,便可将孤儿作品数字化,并提供非盈利性质的服务。权利人确定之后,享有对其作品数字化的损害赔偿权。对此需要区分的是,权利人确定之前,法律允许保留其损害赔偿权而非禁止权;但在其确定之后,搜寻成本显著降低,图书馆与权利人之间的谈判成为可能,则权利人对数字化之后的行为享有的是禁止权,即如果双方谈判失败,权利人有权禁止图书馆开展与其作品有关的业务,除非属于合理使用、法定许可的范畴。

4 结论

利益平衡一直是《著作权法》的制度核心,合理使用在此之中发挥了重要作用。图书馆因地位的特殊性,更是维护公共利益的关键之一。技术的发展会令著作权法原有的平衡机制被破坏,为了防止对图书馆的合理使用豁免沦为一纸空文,有必要在新的技术条件下,不断调整合理使用的规定,以实现新的平衡。从整体规定上,应采用灵活性的开放立法模式规定合理使用,明确其性质为强制性规定以反制许可协议、技术措施的限制;具体条款的设置上,应足以保障图书馆免于因以非营利目的提供的各项服务而承担侵权责任。在法律充分保障的前提下,图书馆自身也应加强知识产权管理,提高知识产权意识,在享受豁免特权的同时履行自己的必要义务,以维护著作权人的权利。

参考文献:

[1] 肖燕. 追寻著作权保护与权利限制的平衡——图书馆界对《著作权法》修改草案的建议与期盼. 中国图书馆学报[J],2013(1):18-24.

[2] 谢尔曼, 本特利. 现代知识产权法的演进:英国的历程(1760-1911)[M]. 北京:北京大学出版社,2012:33-34,39.

[3] 陈传夫. 图书馆发展中的知识产权问题研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2015:30,78,89,93,418-420.

[4] 黄国彬. 我国图书馆规避著作权侵权风险的对策建议——基于图书馆可适用的著作权例外[J]. 图书馆杂志,2012(10):12-17.

[5] 王根. 中外版权制度中图书馆合理使用条款比较研究[J]. 图书情报工作,2010(23):39-42,127.

[6] 梅术文. 著作权法上的传播权研究[M]. 北京:法律出版社,2012:109.

[7] 张慧霞.《信息网络传播权保护条例》有关图书馆的规定解读[J]. 电子知识产权,2007(1):36-39.

[8] 梁欣. 解读《信息网络传播权保护条例》对图书馆的影响[J]. 情报资料工作,2007(6):69-72.

[9] 肖燕. 网络环境下的著作权法与图书馆:理论与实践研究[D]. 北京:中国科学院文献情报中心,2001.

[10] 程焕文,黄梦琪. 在"纸张崇拜"与"数字拥戴"之间——高校图

书馆信息资源建设的困境与出路[J],图书馆论坛,2015(4):1 - 8.

[11] 向林芳. 外文电子期刊数据库捆绑纸本订购模式分析[J],图书馆学研究,2012(3):52 - 57.

[12] 朱理. 著作权的边界——信息社会著作权的限制与例外研究[D]. 北京:北京大学,2006.

[13] 秦珂. 图书馆在与数据库出版商博弈中的自我拯救[J]. 图书馆论坛,2015(8):62 - 68.

[14] 周玲玲,杨萌,马晴晴,等. 网络时代图书馆相关公共利益的维护研究——以我国《著作权法》及第三次修法为例[J]. 图书情报工作,2015(23):5 - 10.

[15] 北京市高级人民法院民事判决书(2013)高民终字第 1221 号[EB/OL]. [2018 - 12 - 09]. http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_a25051f3312b07f322015936987fbd6e1ddb1ae18f72b649bdfb.html? keywords = %E7%8E%8B%E8%8E%98%E4%B8%8E%E5%8C%97%E4%BA%AC%E8%B0%B7%E7%BF%94%E4%BF%A1%E6%81%AF%E6%8A%80%E6%9C%AF%E6%9C%89%E9%99%90%E5%85%AC%E5%8F%B8%E7%AD%89&match = Exact.

[16] 柯平. 公共图书馆的文化功能:在社会公共文化体系中的作用[M]. 上海:上海交通大学出版社,2010:81.

[17] 林鸥. 美国版权滥用原则的演进与反思[J]. 科技与法律,2010(3):80 - 84.

[18] 梁志文. 数字著作权论——以《信息网络传播权保护条例》为中心[M]. 北京:知识产权出版社,2007:381.

[19] 马卫平,刘净净. 对"本馆馆舍内服务对象"的理解——商榷《信息网络传播权保护条例》第七条[J]. 图书馆理论与实践,2011(9):40 - 42.

[20] 黄国彬. 可适用于我国图书馆的著作权例外立法框架研究[J]. 中国图书馆学报,2012(3):69 - 77.

[21] 万勇.《著作权法》图书馆例外条款修改建议[J]. 中国图书馆学报,2014(2):13 - 18.

[22] 姚鹤徽. 数字网络时代著作权保护模式研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2018:165.

[23] 考特,尤伦. 法和经济学[M]. 上海:格列出版社・上海三联书店・上海人民出版社,2012:80,91.

作者贡献说明:

王果:文献搜集整理与论文撰写;

张立彬:选题、框架设计、统稿定稿。

Chanllenges, Plight and Solutions: Further Discussion on Library Fair Use Clauses and Its Application Under the Digital Environment

Wang Guo[1] Zhang Libin[2]

[1] School of Law, Tianjin University of Commerce, Tianjin 300134

[2] Nankai University Library, Tianjin 300071

Abstract: [**Purpose/significance**] Fair use is one of the important mechanisms to keep the interests balance between copyright owner and the public. This is particularly crucial for the library bearing public cultural service function. However, in the practice, the fair use clauses of library do not give full play to the role of balancing interests, it is very necessary to find out its causes. [**Method/process**] Through the comparison with the extraterritorial legislation, as well as the case analysis in judicial practice, we could jump to conclusions: the main problem of library fair use in our country is that the current law and regulations are lag and unclear, resulting to its application range is very narrow. The narrow range is even more reduced by the license agreement and technical measures. [**Result/conclusion**] In order to dissolve those issues, we could perfect the law through the following aspects: add a principle regulation, define clearly its mandatory legal attribute, and emerge the application of some relevant clauses. Meanwhile, library also should strengthen its intellectual property management level, improve the quality of intellectual property rights, and strictly comply with laws and regulations to eliminate the infringement risk.

Keywords: library fair use mandatory regulation license agreement technical measures